

*Infração penal praticada contra índio Pataxó. Ocorrência de crime de homicídio doloso qualificado com dolo eventual.*

**Tribunal do Júri de Brasília**  
**Processo-Crime Nº 17.901**

**Autora:** *Justiça Pública*

**Acusados:** *Max Rogério Alves*

*Antônio Novely Cardoso Vilanova*

*Tomás Oliveira de Almeida e*

*Eron Chaves de Oliveira*

**Consulente:** *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*

**ÍNDICE:** 1. A tutela legal do direito à vida. 2. O fato. 3. O fato típico. 4. A teoria finalista da ação. 5. A decisão desclassificatória. 6. O dolo eventual. 7. Crime culposos e preterdoloso. 8. Culpa consciente. 9. Culpa consciente e dolo eventual: diferenciação. 10. A hipótese dos autos: responsabilidade penal a título de dolo eventual. 11. Respostas aos quesitos. 12. Conclusão.

*A solidariedade que mata (“um índio é tão bom quanto outro”).*

*Ruth Morris*, atualmente Diretora Executiva da Sociedade John Howard de Toronto e ligada a estudos e programas penitenciários do Canadá, conta-nos que numa de suas visitas a presídios perguntou ao diretor local sobre *Bill*, um indígena seu conhecido. Rindo, o diretor lhe explicou que *Bill*, naquela semana, estava cumprindo pena no lugar de seu irmão, condenado por embriaguez. Recriminando o fato, *Ruth* recebeu a seguinte explicação: quando os índios têm alguma coisa de bom, repartem entre si; quando não têm, pedem a alguém que tenha; recebendo, distribuem entre si (no Brasil, no mesmo sentido: **Fernando Portela e Betty Mindlin**, *A questão do índio*, São Paulo, Editora Ática, 1997, p. 23). Da mesma forma, o mal é coletiva e solidariamente repartido entre eles. A pena criminal do homem branco é imposta, segundo a Filosofia de vida indígena, como um mal sobre toda a tribo, não somente sobre o autor do delito. A infração penal,

ensina-nos Hans Joachim Schneider, “não é tanto um problema individual, é também um problema que afeta o grupo” (*La victimación de los aborígenes en la Australia Central, Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madri, Universidad Nacional de Educación, 1991, nº 1, p. 363, nº 3.3). A pena não é individual, é coletiva. Logo, repartem entre eles o seu cumprimento. São solidários no bem e no mal. E a Justiça aceita a substituição, pois “um índio é tão bom quanto outro” (“one indian’s as good as another”) (Ruth Morris, *Crumbling walls, Why prison fail*, Nova York, Mosaic press, 1989, *Native people and the Canadian Justice System*, p. 98).

**Pataxó – Hã-Hã-Hãe Galdino Jesus dos Santos Morreu porque era indígena, porque era solidário. Estava em Brasília à procura do bem para sua tribo, tratando do andamento das ações judiciais relativas à posse e propriedade das terras onde morava. A solidariedade o matou. E as chamas que o consumiram não mataram só o homem. Atingiram a tribo Pataxó, porque “um índio é tão bom quanto outro”.**

### CONSULTA

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por intermédio de seu Procurador-Geral de Justiça em exercício, Dr. *Romeu Gonzaga Neiva*, nos autos do processo-crime n. 17.901, que trata da ação penal promovida pela Justiça Pública contra *Max Rogério Alves, Antônio Novely Cardoso de Vilanova, Tomás Oliveira de Almeida e Eron Chaves de Oliveira*, por delito de homicídio doloso qualificado e crime especial de corrupção de menores, remetendo-nos peças do procedimento, solicita nosso parecer a respeito da respeitável decisão de fls., que houve por desclassificar a infração penal mais grave (homicídio qualificado por três circunstâncias) para lesão corporal seguida de morte, apresentando os seguintes quesitos:

**“1. Quanto à contribuição para o crime:**

**1.1. Ante as provas apresentadas, pode-se afirmar que algum dos acusados não contribuiu para o evento criminoso? Qual(is) o(s) acusado(s)?**

**1.2. Ante as provas apresentadas, há elementos que permitem afirmar que algum dos acusados concorreu para o crime mediante participação de menor importância ou quis participar de crime menos grave? Qual(is) o(s) acusado(s) e qual(is) o(s)**

crime(s)?

2. Quanto ao elemento anímico:

2.1. Ante as provas apresentadas, os acusados agiram com dolo de homicídio (*animus necandi*)?

2.2. Ante as provas apresentadas, se afirmativa a resposta ao quesito anterior, o dolo se configura em sua modalidade direta ou eventual (os acusados quiseram ou assumiram o risco de matar a vítima)?

2.3. Ante as provas apresentadas, se afirmativa a resposta ao primeiro quesito, e estabelecida a modalidade do dolo na resposta ao segundo quesito, sabido que no Direito Penal brasileiro não há diferenciação de natureza da responsabilidade de quem quer diretamente (dolo direto) ou assume o risco de produzir (dolo eventual) um resultado, há justificativa legal para resposta penal (condenatória, desclassificatória ou absolutória) diversa em uma ou outra hipótese?

2.4. Ante as provas apresentadas, os acusados poderiam ter agido com culpa (consciente ou inconsciente)?

2.5. Na eventualidade de se haver afirmado que os acusados agiram com dolo eventual, quais os elementos que permitem afastar a culpa (consciente ou inconsciente) e afirmar a existência do dolo eventual?

3. Quanto às questões processuais:

3.1. Ante as provas apresentadas, pode-se afirmar a presença dos elementos necessários à pronúncia dos réus para julgamento pelo Tribunal do Júri?"

Passamos a dar nosso parecer.

## PARECER

### 1. A tutela legal do direito à vida

O direito à vida, juntamente com diversos direitos humanos fundamentais, há muito foi consagrado nos textos legais históricos. A *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João Sem-Terra em 15 de junho de 1215, previa-o entre seus 61 itens. Da mesma forma, a *Petition of Rights* de 7 de junho de 1628.

Posteriormente, as históricas declarações norte-americanas enalteceraam definitivamente o direito à vida. A *Declaração de Direitos de Virgínia*, de 16 de junho de 1776, expressamente previa em sua Seção I: "Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inatos de que, quando entram no estado de sociedade não podem, por nenhuma forma, privar ou despojar a sua posterioridade, nomeadamente o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade e procurar e obter felicidade e segurança". E a *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América*, de 4 de julho de 1776, proclamou: "consideramos de *per si* evidentes as verdades seguintes: que todos os homens são criaturas iguais; que são dotados pelo seu Criador com certos

direitos inalienáveis; e que , entre estes, se encontram *a vida*, a liberdade e a busca da felicidade...”.

A *Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789, proclamava a defesa solene dos direitos naturais do homem, especialmente à vida, inalienáveis e sagrados.

Importante destacar um dos considerandos da *Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU*, proclamada em 10 de dezembro de 1948: “Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultam em atos bárbaros que ultrajam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum”. Em seu art. III, previa expressamente: “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

O *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, de 16 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, determina em seu art. 6º que “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”.

A *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, de 22 de novembro de 1969, também ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, estipula em seu art. 4º: “Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

A *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*, de 4 de dezembro de 1986, em seu art. 5º, prevê: “Os Estados tomarão medidas firmes para eliminar as violações maciças e flagrantes dos direitos humanos”. Por sua vez, a *Declaração e Programa de Ação de Viena*, de 25 de junho de 1993, estipula em seu item 31 a necessidade de garantir-se aos povos indígenas a plena e livre participação em todos os aspectos da sociedade.

No Brasil, a *Carta Política do Império*, de 24 de março de 1824, e a *Constituição da República*, de 24 de fevereiro de 1891, respectivamente, em seus arts. 179 e 72, protegiam todos os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, dentre eles o mais precioso, o direito à vida. Igualmente, era protegido pelo art. 113 da *Constituição da República* de 16 de julho de 1934, ao proclamar a inviolabilidade dos direitos concernentes à segurança individual e pelo art. 122 da *Constituição* de 10 de novembro de 1937. A *Carta Magna* de 18 de setembro de 1946, em seu art. 141, *caput*, assegurava “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida”, etc.

O art. 150, *caput*, da *Constituição do Brasil*, de 24 de janeiro de 1967, dispunha “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade”, redação mantida de forma idêntica pelo art. 153 da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.

Por fim, a *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988, proclama em seu art. 5º, *caput*, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida...”

O exercício do direito à vida é protegido indistintamente, independentemente de cor, raça, religião ou condições pessoais de procedência. Nossa *Carta Magna*, dando prevalência à “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), assegura-nos o exercício do “bem, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”(art. 3º, IV). Quanto aos indígenas, dedica-lhes um capítulo inteiro, conferindo-lhes direitos necessários ao seu “bem-estar” e “reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (art. 231, § 1º, do Capítulo VIII do Título VIII).

Asseguramos, pois, aos indígenas, os mesmos direitos que gozamos, respeitados seus usos, costumes e tradições.

## 2. O fato

*Max Rogério Alves, Antônio Novely Cardoso de Vilanova, Tomás Oliveira de Almeida e Eron Chaves de Oliveira*, jovens, passeando de carro em Brasília, à noite, por volta das 3h:00 horas da madrugada, resolveram fazer, segundo eles, uma “brincadeira”, pondo fogo num suposto mendigo que dormia num banco de um ponto de ônibus. Foram a um posto de gasolina e compraram dois litros de álcool, colocando-os em dois vasilhames de plástico. Mas não executaram o fato de imediato. Rondaram pela cidade e, duas horas depois, por volta das 5h:00, dirigiram-se ao local onde a vítima se encontrava. Esconderam o automóvel. Atravessaram a rua e derramaram líquido em Galdino de Jesus dos Santos, indígena Pataxó - Hã-Hã-Hãe, que dormia. Riscaram fósforos e o incendiaram, produzindo-lhe a morte.

## 3. O fato típico

Para que haja crime é preciso, em primeiro lugar, uma conduta humana positiva ou negativa. Mas nem todo comportamento do homem constitui delito. Em face do princípio de reserva legal, somente os descritos pela lei penal podem assim ser considerados. Portanto, por exemplo, a subtração de coisa com a simples intenção de usá-la (furto de uso) é fato irrelevante para a nossa legislação penal, pois não se subsume à norma incriminadora do art. 155 do Código Penal. Falta-lhe o fim de assenhoreamento definitivo (o *animus rem sibi habendi*), contido na expressão “para si ou para outrem” do tipo. Sem ele o fato não se ajusta à norma. É atípico. Desta forma, somente o *fato típico*, i. e., o fato que se amolda ao conjunto de elementos descritivos do crime contido na lei, é penalmente relevante. Não basta, porém, que o fato seja típico para que exista crime. É preciso que seja contrário ao direito, *antijurídico*. O legislador, tendo em vista o complexo das atividades do homem em socie-

dade e o entrosamento de interesses, às vezes permite determinadas condutas que, em regra, são proibidas. Assim, não obstante enquadradas em normas penais incriminadoras, tornando-se *atos típicos*, não ensinam a aplicação da sanção. Por exemplo: A, em legítima defesa, atira em B, matando-o. O ato se enquadra na descrição legal do homicídio: é típico. Mas não basta seja típico, necessita também ser contrário à ordem jurídica. E, no caso, concorre uma causa de exclusão da antijuridicidade prevista nos arts. 23, II e 25 do estatuto penal. Excluída a antijuridicidade, não há crime. Resulta que são características do crime sob o aspecto formal: 1º) o ato típico e 2º) a antijuridicidade. Nesse sentido: **Manoel Pedro Pimentel**, "A culpabilidade na dogmática penal moderna", RJTJSP, 124:19 e 31, n. 7; **Celso Delmanto**, **René Ariel Dotti**, **Juarez Tavares**, **José Frederico Marques** e **Luiz Flávio Gomes**.

Fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra), e é previsto na lei penal como infração. Assim, fato típico do homicídio é a conduta humana que causa a morte de um homem. Por exemplo: A incendia o corpo de B, que vem a morrer em face dos efeitos das queimaduras. O ato se enquadra na descrição legal simples do art. 121 do Código Penal: "Matar Alguém". Assim, o ato típico é composto dos seguintes elementos:

1º) conduta humana dolosa ou culposa (no exemplo: pôr fogo na vítima para matá-la);

2º) resultado (morte);

3º) nexo de causalidade entre a conduta e o resultado (entre a conduta de incendiar e a morte);

4º) enquadramento do ato material (conduta, resultado e nexo) a uma norma penal incriminadora (art. 121 do Código Penal).

Não há controvérsia nos autos a respeito da presença dos elementos do ato material: conduta, resultado e nexo de causalidade. Os pontos a discutir residem no elemento subjetivo-normativo (dolo ou culpa) e na conseqüente tipicidade (crime doloso ou preterdoloso).

A decisão desclassificatória, entendendo não existir dolo eventual no tocante ao resultado morte, desclassificou o crime para lesão corporal seguida de morte (delito preterdoloso ou preterintencional). Para tanto, seguiu a seqüência da teoria da ação finalista.

#### 4. A teoria finalista da ação

Realmente, nosso Código Penal, na reforma de 1984, filiou-se à orientação finalista da ação, deslocando o dolo e a culpa do terreno da culpabilidade para o campo do tipo penal. Em face disso, considerando o crime como ato típico e antijurídico, o primeiro elemento do primeiro é a conduta dolosa ou culposa. Assim, o comportamento é considerado como toda ação ou omissão humana, dolosa ou culposa, cons-

cientemente dirigida a uma finalidade. Assim, para que um fato seja típico, é preciso que haja dolo ou culpa, sem o que não há crime.

O art. 18 do Código Penal, em seus incisos I e II, demonstra claramente esta tendência quando prevê a existência, sob os aspectos subjetivo e normativo, de apenas duas modalidades de crime: o doloso e o culposo, desconhecendo delito que não contenha dolo ou culpa. Do mesmo teor é o art. 20 do estatuto penal, ao determinar que o erro sobre os elementos do tipo legal exclui sempre o dolo e, quando inevitável, também a culpa. Em conseqüência, na última hipótese exclui-se também o fato típico. Ora, se o dolo e a culpa não estivessem no fato típico sua ausência jamais o excluiria.

A doutrina finalista, que revolucionou o Direito Penal moderno e acabou adotada pela nossa legislação, foi proposta inicialmente por **Hans Welzel** em trabalho publicado em 1931 com o título *Kausatitat und Handlung* (Causalidade e ação). Considerou que toda ação humana é o exercício de uma atividade finalista: "*La finalidad se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos*" (*La Teoría de la Acción Finalista*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1951, trad. de **Eduardo Friker**, p. 10). Assim, como os seres humanos são entes dotados de razão e vontade, tudo o que fazem é fruto de um livre impulso racional e volitivo. Dissociar a vontade da conduta humana é equiparar o homem aos animais irracionais ou aos fenômenos da natureza. A vontade passa a ser a força motriz de toda ação ou omissão humana, de maneira que, excluída, não existe conduta. A finalidade, por sua vez, é o leme que dirige e orienta o comportamento até o objetivo determinado. Baseia-se o finalismo, portanto, na premissa maior de que o Direito Penal só empresta relevo aos comportamentos humanos que tenham na vontade a sua força propulsora. As pessoas humanas, seres racionais, conhecedoras da lei natural de causa e efeito, sabem que de cada comportamento pode advir um resultado distinto. Assim, conscientes dos processos causais e sendo dotadas de razão e livre arbítrio, podem escolher entre um ou outro comportamento. Ex.: se pretende incendiar alguém, o autor tem opção de adquirir ou não o combustível inflamável. É precisamente nisso que se funda o ordenamento jurídico. Assentado no princípio da inevitabilidade, não se preocupa o direito criminal com os resultados decorrentes do caso fortuito ou da força maior, nem com a conduta realizada mediante coação física ou mesmo com os atos derivados de puro reflexo, porque nenhum deles poderia ter sido evitado.

Hoje, não se pode mais considerar a existência de crimes com desprezo total da vontade, como se as pessoas não fossem dotadas de razão e de livre arbítrio e como se todos os resultados, *a priori*, fossem idênticos. Em nosso ordenamento jurídico é impossível pretender-se a responsabilidade penal de alguém sem que tenha agido com dolo ou culpa. Sem dolo ou culpa não há conduta. Sem conduta não há fato típico e, sem este, não existe crime. Punir alguém, prescindindo-se do dolo e da

culpa, importa sancionar uma pessoa que não cometeu crime, violando o princípio constitucional de reserva legal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal). Atualmente, a legislação penal brasileira repele qualquer forma de responsabilidade objetiva, ou seja, qualquer possibilidade de se punir o agente sem que tenha concorrido com dolo ou culpa para o resultado. Atualmente, **Luiz Vicente Cernicchiaro** reforça a tese democrática: “O Direito Penal moderno realça, cada vez mais, a importância da responsabilidade subjetiva, banindo categoricamente a responsabilidade objetiva” (*Direito Penal na Constituição*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., p. 75).

### 5. A decisão desclassificatória

Seguindo os passos da decisão proferida na fase da pronúncia (fls.), verifica-se que, para considerar a ausência de dolo eventual quanto à morte da vítima (homicídio doloso), atribuindo a imputação normativa à culpa dos acusados, levou em conta os seguintes argumentos para concluir pela presença de lesão corporal seguida de morte (Código Penal, art. 129, § 3º):

- 1º – o fogo normalmente não mata;
- 2º – os réus adquiriram dois litros de álcool e derramaram um na grama;
- 3º – após pôr fogo na vítima, ficaram afobados e desesperados, atitude interna que não se coaduna com o dolo de matar;
- 4º – o caráter dos agentes e seus depoimentos prestados imediatamente após o fato “demonstram que não havia indiferença com a ocorrência do resultado”;
- 5º – o resultado “morte lhes escapou à vontade”, só podendo a eles ser atribuído pela “previsibilidade” (referindo-se à culpa);
- 6º – “mesmo sabendo perfeitamente das possíveis e até mesmo prováveis consequências do ato impensado, não estava “presente o dolo eventual”;
- 7º – os acusados “nunca anuíram ao resultado morte” (fls.).

Em suma, apreciando a prova dos autos, a respeitável decisão entendeu haver, quanto à morte da vítima, culpa e não dolo eventual.

### 6. O dolo eventual

Dolo é a vontade de concretizar as características objetivas do tipo. Constitui elemento subjetivo implícito do tipo (STF, Inq. 380, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJU 18.12.92, p. 24.373; STJ, RHC 1.914, DJU 26.4.93, p. 7222; STJ, Recurso de Habeas Corpus 1.248, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, j. 28.9.92, DJU 26.4.93, p. 7222). Não é simples representação do resultado, o que constitui um acontecimento psicológico. Exige representação e vontade, sendo que esta pressupõe aquela, pois o querer não se movimenta sem a representação do que se deseja. Assim, não basta a representação do resultado, exigindo-se vontade de realizar a



conduta e de produzir o resultado (ou assumir o risco de produzi-lo). Possui, pois, dois elementos:

1º - *cognitivo*: conhecimento dos elementos objetivos do tipo;

2º - *volitivo*: vontade de comportamento (Carlos Creus, *Derecho Penal*, Parte Geral, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, p. 240).

Para a doutrina tradicional, o dolo é normativo, i. e., contém a consciência da antijuridicidade (Magalhães Noronha, *Direito Penal*, São Paulo, Editora Saraiva, 1997, n. 79). Para nós, entretanto, que adotamos a teoria finalista da ação, o dolo é natural: corresponde à simples vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo, não portando a consciência da ilicitude (Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, São Paulo, Editora Saraiva, 1997, 20ª ed., I:234).

O dolo possui os seguintes elementos:

1º) consciência da conduta e do resultado;

2º) consciência da relação causal objetiva entre a conduta e o resultado;

3º) vontade de realizar a conduta e produzir o resultado (ou assumir o risco de produzi-lo).

Classifica-se em direto e indireto (determinado e indeterminado).

No dolo direto, o sujeito visa a certo e determinado resultado (Código Penal, art. 18, I, 1ª parte). Por exemplo: o agente desfere golpes de faca na vítima com intenção de matá-la. O dolo se projeta de forma direta no resultado morte. Há dolo indireto quando a vontade do sujeito não se dirige a certo e determinado resultado.

O dolo indireto apresenta duas formas:

a) dolo alternativo; e

b) dolo eventual.

Há dolo alternativo quando a vontade do sujeito se dirige a um *ou* outro resultado. Ex.: o sujeito desfere golpes de faca na vítima com intenção alternativa: ferir ou matar.

Ocorre o dolo eventual, também chamado condicionado, quando o sujeito assume o risco de produzir o evento, i.e., prevê, admite e aceita o risco de produzi-lo (Código Penal, art. 18, I, parte final). Nesse sentido: *JTJ*, 167:312-313. Ele não o quer, pois se assim fosse haveria dolo direto. Antevê o resultado e age. A vontade não se dirige diretamente ao fim (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, prevendo que esta pode produzir aquele (vontade relacionada indiretamente ao evento). Percebe que é *possível* causá-lo e, não obstante, realiza o comportamento. Entre desistir da conduta e poder causar o resultado, este se lhe mostra indiferente. Como disse o Ministro Vicente Cernicchiaro, "o agente tem previsão do resultado; toda-

via, sem o desejar, a ele é indiferente, arrostando” a sua ocorrência (Recurso de *Habeas Corpus* 6.368, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, j. 12.8.97, v. un., DJU 22.9.97, p.46.559). No mesmo sentido: JTJ, 167:313; TJSP, RT, 454:362 e 513:393; TACrimSP, JTACrimSP, 81:258 e RT, 582:346.

Sobre o tema, existem várias teorias:

*Teoria da representação*: para a existência do dolo eventual basta a representação do resultado.

*Teoria do sentimento* (de **Mayer**): há dolo eventual quando o sujeito tem sentimento de indiferença para com o bem jurídico.

*Teoria da probabilidade ou da verosimilhança* (de **Sauer**): não é suficiente a previsão da possibilidade da ocorrência do evento. É preciso que seja provável, admita-o ou não o autor da conduta (**Guilherme Sauer**, *Derecho Penal, Parte Geral*, trad. de Juan del Rosal e José Cerezo, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1995, p. 268).

*Teoria do consentimento, também denominada da vontade, da aprovação ou aceitação* (de **Frank**): para ela, formulada pela doutrina alemã, não basta a representação do evento e a consideração da possibilidade de sua causação, sendo necessário que o sujeito consinta em sua produção. Para essa doutrina, são exigidos dois requisitos: 1º - *intelectivo*: que o sujeito preveja a possibilidade de produção do resultado em face dos meios utilizados e do fim almejado, não se exigindo consciência da probabilidade; 2º- *volitivo*: que consinta em sua concretização, reconhecendo e conformando-se com essa possibilidade ( **Paulo José da Costa Junior**, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, Editora Saraiva, 1991, I:83; **Diego Manuel Luzón Peña**, *Curso de Derecho Penal, Parte Geral*, Madri, Editorial Universitas, 1996, I:419).

Desdobra-se em duas teorias:

1ª - *teoria hipotética do consentimento*: atualmente, quase abandonada, funda-se na previsão da possibilidade do evento, de acordo com a fórmula 1 de **Frank** (“a previsão do resultado como possível somente constitui dolo quando, antevisto o evento como certo pelo sujeito, não o deteve”). A previsão da possibilidade do resultado deixa de atuar como freio inibitório da conduta.

2ª - *teoria positiva do consentimento*: com base na fórmula 2 de **Frank**, entende que no dolo eventual o sujeito não leva em conta a possibilidade do evento previsto, agindo e assumindo o risco de sua produção (“seja assim ou de outra maneira, suceda isto ou aquilo, em qualquer caso, agirei”).

Hoje, a teoria do consentimento é prevalente na doutrina e nas legislações estrangeiras (**Francisco Muñoz Conde e Mercedes Garcia Arán**, *Derecho Penal, Parte Geral*, Valencia, Tirant lo Branch Ed., 1996, p. 289; **Munõz Conde**, *Teoria Geral do Delito*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 60; **Diego**

**Manuel Luzón Peña**, *op. e loc. cit.*; **Emílio Octavio de Toledo y Ubieto e Susana Huerta Tocildo**, *Derecho Penal, Parte Geral, Teoria jurídica del delito*, Madri, Rafael Castellanos Editor, 1986, p. 129; **Cândido Conde-Pumpido Ferreiro**, *Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Jidicatura*, Madri, Editorial Colex, 1996, p.151).

Nosso Código Penal adotou a teoria positiva do consentimento (**Juarez Tavares**, "Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo", *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes, 1972, 6:29; **Luiz Régis Prado e César Roberto Bitencourt**, *Elementos de Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 87).

### **7. Crime culposo e preterdoloso**

Culpa é a abstenção do cuidado objetivo necessário na realização de uma conduta que causa um resultado danoso. São elementos do fato típico culposo:

- 1º) conduta humana voluntária, de fazer ou não fazer;
- 2º) inobservância do cuidado objetivo necessário manifestada na imprudência, negligência ou imperícia (Código Penal, art. 18, II);
- 3º) previsibilidade objetiva (RT, 599:343 e 606:337);
- 4º) ausência de previsão;
- 5º) resultado involuntário;
- 6º) nexa de causalidade (RT, 601:338);
- 7º) tipicidade.

O fato se inicia com a realização voluntária de uma conduta de fazer ou não fazer. O agente não pretende praticar um crime nem quer expor interesses jurídicos de terceiros a perigo de dano. Falta, porém, com o dever de diligência exigido pela norma, descumprindo o dever de cuidado no trato das relações sociais (2º elemento). Nesse sentido: RT, 700:383.

Exige-se a previsibilidade objetiva, que significa a possibilidade de antevisão do resultado (do ponto de vista objetivo de um homem comum). Nesse sentido: ACrim 495.163, JTACrimSP, 97:231; STJ, REsp 40.180, 6ª Turma, Rel. Ministro Adhemar Maciel, RJ, Porto Alegre, 1996, 224:110 e 112.

Outro elemento é a ausência de previsão. É necessário que o sujeito não tenha previsto o resultado. Se o previu, não estamos no terreno da culpa, mas do dolo (salvo a culpa consciente). O resultado era previsível, mas não foi previsto pelo sujeito. Daí falar-se que a culpa é a imprevisão do previsível.

O quinto elemento é a produção involuntária do resultado. Sem evento não há falar-se em crime culposo.

O último elemento é a tipicidade. Acrescendo a ilicitude temos um *crime culposo*.

O legislador, algumas vezes, após descrever o crime em sua forma fundamental, acrescenta-lhe um resultado que aumenta abstratamente a pena imposta no preceito sancionador. São crimes qualificados pelo resultado. Explos.: Código Penal, arts. 127; 129, § 1º, II, § 2º, V, e § 3º; 133, §§ 1º e 2º; 134, §§ 1º e 2º; 135, parágrafo único, etc. Esses crimes são punidos, em sua maioria, a título de preterdolo ou preterintenção. Entre nós, crimes qualificados pelo resultado e delitos preterdolosos não são categorias diferentes e autônomas, como acontece em outros países. Na doutrina nacional, salvo exceções de pensamento, todo crime preterintencional é qualificado pelo resultado, embora nem todo delito qualificado pelo resultado seja preterdoloso.

Crime preterdoloso ou preterintencional é aquele em que a conduta produz um resultado mais grave que o pretendido pelo sujeito (**Juan Antonio Martos Nuñez, La preterintencionalidad**, Madri, Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Educación, 1993, n. 3, p. 557). É a chamada “preterintencionalidade substitutiva”. O agente quer um *minus* e seu comportamento causa um *majus*, de maneira que se conjugam o *dolo* na conduta antecedente e a *culpa* no resultado (conseqüente). Daí falar-se que o crime preterdoloso é um misto de dolo e culpa: dolo no antecedente e culpa no conseqüente.

No crime preterdoloso, não é suficiente a existência de um nexo de causalidade objetiva entre a conduta antecedente (que constitui o *primum delictum*) e o resultado agravador. Assim, a mera *imputatio facti* (relação entre a conduta e o resultado — art. 13 do Código Penal), embora necessária, não é suficiente para o processo de adequação típica, uma vez que se exige a *imputatio juris* (relação de causalidade subjetivo-normativa). É necessário que haja um liame normativo entre o sujeito que pratica o *primum delictum* e o resultado qualificador. Este só é imputado ao sujeito quando previsível (culpa).

A culpa do delito preterdoloso exige os mesmos elementos do crime culposo: especialmente conduta culposa, descumprimento do cuidado objetivo necessário, previsibilidade do resultado e ausência de previsão.

## 8. Culpa consciente

A culpa pode ser consciente e inconsciente.

Na culpa inconsciente o resultado não é previsto pelo agente, embora previsível. É a culpa comum, que se manifesta pela imprudência, negligência ou imperícia. Na culpa consciente, também denominada “negligência consciente” e “culpa *ex lascivia*”, o resultado é previsto pelo sujeito, que confia levemente que não ocorra, que haja uma circunstância impeditiva ou que possa evitá-lo. Por isso, é também chamada culpa com previsão. Esta é elemento do dolo, mas, excepcionalmente, pode integrar a culpa. A exceção está exatamente na culpa consciente. Ex.: numa caçada, o sujeito verifica que um animal se encontra nas proximidades de seu companheiro. Prevê que, atirando na caça e errando o alvo, poderá matá-lo. Confia, porém, em sua

pontaria. Atira e mata a vítima. Não responde por homicídio doloso, mas sim por homicídio culposo (Código Penal, art. 121, § 3º). Note-se que o agente previu o resultado, mas levemente, acreditou que não viria a ocorrer.

### 9. *Culpa consciente e dolo eventual: diferenciação*

No dolo eventual o agente tolera a produção do resultado, o evento lhe é indiferente, tanto faz que ocorra ou não, acomoda-se. Ele assume o risco de produzi-lo. Na culpa consciente ou com previsão, ao contrário, o sujeito não quer o resultado, não assume o risco de produzi-lo e nem ele lhe é tolerável ou indiferente. O evento lhe é representado (previsto), porém confia sinceramente em sua não-ocorrência (**Salvatore Prodoscimi**, *Dolus eventualis*, Milão, Giuffrè, 1993, p. 9). No sentido do texto: TJSP, RT, 548:300 e 589:317; TACrimSP, JTACrimSP, 82:374; ACrim 22.911, RT, 429:426; TFR, RCrim 990, DJU 28 ago. 1986, p. 15.005; TARJ, ACrim 15.957, RF, 287:363.

### 10. *A hipótese dos autos: responsabilidade penal a título de dolo eventual*

Os acusados agiram com dolo eventual e não com preterdolo.

Nos termos do art. 18, I, parte final, do Código Penal, age com dolo eventual quem “assume o risco” de produzir o resultado. A fórmula é imprecisa e não indica, exatamente, o conceito pretendido pelo legislador, não esclarecendo o assunto (**Heleno Cláudio Fragoso**, *Lições de Direito Penal, A nova Parte Geral*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985, 8ª ed., p. 178, n. 150; **Juarez Tavares**, artigo cit., p. 28). Na verdade, o tipo subjetivo quer dizer que o sujeito prevê o resultado como possível e aceita ou consente em sua ocorrência. Não basta, pois, a simples representação do evento (teoria da representação). Exige-se que seja alcançado pela vontade, mas não de forma direta, como no dolo determinado, e sim de maneira indireta, tolerando-o, anuindo à sua superveniência, consentindo em sua produção (teoria do consentimento), sendo-lhe indiferente. Ao prever como possível a realização do evento, ensina **Paulo José da Costa Júnior**, o agente “não se detém. Age, mesmo à custa de produzir o evento previsto como possível” (*op. e loc. cit.*). Apesar de não querer o evento como razão de sua ação, dizia **Magalhães Noronha**, “o prevê e não obstante age, aceitando sua realização” (*Do crime culposo*, São Paulo, Edição Saraiva, 1974, p. 117, n. 21). Como consignamos, é a chamada “teoria positiva do consentimento”, adotada pelo nosso Código Penal.

E como se manifesta essa anuência à produção do resultado?

Não se exige consentimento explícito, formal, sacramental, concreto e atual. Como ensinava **Welzel**, não é necessária uma consciência reflexiva em relação às circunstâncias, sendo suficiente uma “co-consciência” não reflexiva, “uma consciência de pensamento material e não de pensamento expresso” (*Derecho Penal Aleman*, trad. de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Perez, Santiago do Chile, Editorial

Jurídica de Chile, 1992, p. 78). Se o sujeito mentaliza o evento e pensa “para mim é indiferente que ocorra, tanto faz, dane-se a vítima, pouco me importa que morra”, não é necessário socorrer-se da forma eventual. Se essa atitude subjetiva passa pela mente do sujeito durante a realização da conduta, trata-se de dolo direto, uma vez que a previsão e o acrescido consentimento concreto, claro e atual, não se tratando de simples indiferença ao bem jurídico, equivalem ao querer direto. O consentimento que o tipo requer não é o manifestado formalmente, o imaginado explicitamente, o “meditado”, “pensado cuidadosamente”. Não se exige fórmula psíquica ostensiva, como se o sujeito pensasse “consinto”, “conformo-me com a produção do resultado”. Nenhuma justiça conseguiria condenar alguém por dolo eventual se exigisse confissão cabal de que o sujeito psíquica e claramente consentiu na produção do evento; que, em determinado momento anterior à ação deteve-se para meditar cuidadosamente sobre suas opções de comportamento, aderindo ao resultado. Jamais foi visto no banco dos réus alguém que confessasse ao juiz: “no momento da conduta eu pensei que a vítima poderia morrer, mas, mesmo assim, continuei a agir”. A consciência profana da ilicitude, na teoria finalista da ação, não faz parte do dolo, que é natural.

Cuida-se da “indiferença do agente em relação ao resultado” (**Heleno Cláudio Fragoso**, *op. e loc. cit.*), que revela não ter a previsão de sua possível produção impedido a ação, evitando a travessia do *Rubicon*, na expressão de **Nélson Hungria**. Não obstante passar o evento pela mente do sujeito, ainda assim continua a agir. Como diz **Assis Toledo**, “é como se pensasse: vejo o perigo, sei de sua possibilidade, mas, apesar disso, dê no que der, vou praticar o ato arriscado” (*Princípios básicos de Direito Penal*, São Paulo, Editora Saraiva, 1982, p. 96, n. 46). Nessa forma de dolo, ensina **Luiz Luisi**, “o agente se propõe determinado fim” (no caso, pôr fogo na vítima), “e na representação dos meios a serem usados, bem como na forma de operá-los, prevê a possibilidade de ocorrerem determinadas conseqüências. Quando o agente, apesar de prever essas conseqüências como possíveis – e embora não as deseje – tolera, consente, aprova ou anui na efetivação das mesmas, não desistindo de orientar sua ação no sentido escolhido e querido para atingir o fim visado, consciente da possibilidade das conseqüências de tal opção, o dolo, com relação às conseqüências previstas como possíveis, é eventual” (*O tipo penal e a teoria finalista da ação*, Porto Alegre, A Nação Editora, 1979, p. 74). O sujeito não recusa, tanto que continua agindo, e por isso, tacitamente, aceita, de antemão, “qualquer dos resultados possíveis” (**José Maria Rodríguez Devesa e Alfonso Serano Gomes**, *Derecho Penal Español, Parte Geral*, Madri, Dykinson Editor, 18<sup>a</sup> ed., 1995, p. 468), “conformando-se” com a sua ocorrência, na expressão de **Jescheck** (*Tratado de Derecho Penal*, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares Editorial, 1993, p. 269).

A sentença reconhece que os acusados sabiam “perfeitamente das possíveis e até mesmo prováveis conseqüências do ato impensado”(fls.). Que efeitos possíveis e prováveis seriam esses? Somente Queimaduras? Lesões Corporais? Certamente, não. Qualquer pessoa comum neles incluiria a morte. E eles também, jovens retratados

nos autos como estudantes inteligentes, estudiosos e espertos. Não obstante, não recuaram no propósito de queimar a vítima. E nisso reside a aceitação da possibilidade da ocorrência do evento. Na palavra de **Eduardo Correia**, “o agente, com efeito, representando o resultado como consequência de sua atividade e não renunciando a ela, pode dizer-se que o aceita, e revela, igualmente, falta de repugnância pela realização consciente de fatos que representam um dano ou perigo de dano que o Direito reprova. Mostra, da mesma forma, que sobrepõe a satisfação dos sentimentos ou interesses próprios à produção daquele dano ou perigo de dano” (*Direito Criminal*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 377). No caso, os réus não renunciaram à realização da “censurável” e “selvagem diversão”, “reprovável brincadeira”, “ignóbil” e “irresponsável conduta”, “ato impensado”, segundo expressões da sentença, “podendo dizer-se”, na esteira do pensamento de **Eduardo Correia**, “que aceitaram” o resultado fatal, “sobrepondo a satisfação” de seus sentimentos e interesses de diversão à possível causação da morte da vítima. A aceitação do resultado está implícita no atuar, diz **Santiago Mir Puig**, nos casos em que o agente tem consciência do perigo e dos riscos da ação, não se resignando à sua realização (*Derecho Penal, Parte Geral*, Barcelona, PPU, 1995, p. 265). E revelaram, da mesma forma, “falta de repugnância pela realização consciente” de um fato dos mais macabros que os olhos humanos podem ver: a queima de um homem vivo. Ajusta-se à lição de **Rafael Díaz Roca**: “há dolo eventual quando o sujeito representa o resultado como possível sem que a circunstância de o mesmo vir a produzir-se impeça de prosseguir realizando a ação delitiva, já que a concretização do resultado ilícito lhe é indiferente em face do objetivo que o levou a agir” (*Derecho Penal General*, Madrid, Tecnos Edit., 1996, p. 115). A intenção era pôr fogo no suposto mendigo: a previsão de eventuais resultados danosos não os deteve. Eram-lhes, por isso, indiferentes. Se pesassem em suas consciências, não teriam prosseguido.

A doutrina exige que o autor tenha “conhecimento dos efeitos práticos” dos meios empregados (**Eduardo Correia**, *op. cit.*, p. 374; **José de Faria Costa**, *Tentativa e dolo eventual*, separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra intitulado Estudos em homenagem ao Prof. Doutor **Eduardo Correia** (1984), Coimbra, Almedina Editora, 1995, p. 40, nota 64). No caso em tela, - repita-se - os acusados, conforme reconhece a sentença, “sabiam dos perigos de mexer com fogo”; “sabiam que o fogo queima, ainda mais álcool combustível, líquido altamente inflamável”; “sabiam que iriam ferir a vítima”; Sabiam “perfeitamente das possíveis e até mesmo prováveis consequências do ato impensado” (fls.). Foram subjetivamente além do exigido pela lei, que se contenta com a “possibilidade” de produção evento, não requerendo sua “probabilidade”. Se sabiam das “possíveis e até mesmo prováveis consequências do ato impensado”, como até a sentença considera, inclusive “sabiam que iriam ferir a vítima”, sabiam também que podiam matá-la, um dos efeitos possíveis do “incêndio humano”.

Note-se que a sentença menciona “consequências prováveis” no plural, em consonância com a teoria do dolo eventual. Com efeito, na mente do sujeito, quando se propõe a realizar um comportamento arriscado, não se depara somente um efeito,

mas vários. **José de Faria Costa**, analisando esse fenômeno psíquico, ensina que “um dos pontos nevrálgicos do dolo eventual reside na projeção da possibilidade de virem a ocorrer em qualquer circunstância, dois ou mais resultados”(op. cit., p. 28). E isso aconteceu no caso dos autos, uma vez que os acusados, segundo seus depoimentos, pensaram até na reação da vítima como uma das conseqüências menores do fato, deixando o mais jovem entre eles longe do sujeito passivo (fls.). E ainda assim, não obstante conscientes das possíveis conseqüências, prosseguiram na premeditada conduta. Não se detiveram em face do perigo possível e até mesmo provável do dano maior. E tiveram tempo para isso. A respeitável sentença considera:

“Acrescento que a reprovabilidade da conduta mais se avulta quando estreme de dúvidas que os acusados tiveram muitas e variadas oportunidades de desistir da selvagem diversão” (fls.).

Como disse **Johannes Wessels**, há dolo eventual quando o autor não se tenha deixado dissuadir da execução do fato pela proximidade da ocorrência do resultado e sua conduta justifique a afirmação de que ele, por causa do fim pretendido, se tenha conformado com o risco da realização do tipo do que renunciando a prática da ação (*Direito Penal, Parte Geral*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 53). Essa “conformação”, explica **Günther Stratenwerth**, ocorre quando o autor, tendo duas opções de conduta, prosseguir na realização do comportamento perigoso ou desistir, prefere a primeira alternativa (*Derecho Penal*, trad. de Glays Romero, Caracas-Madri, Edersa, 1982, p. 111).

No caso dos autos, os autores não se deixaram dissuadir da execução do fato (incendiar a vítima) pela possibilidade, e até mesmo probabilidade, deles conhecidas de acordo com a decisão, de causar danos pessoais à vítima, entre os quais inclui-se a morte, justificando a assertiva de que eles, por causa do fim pretendido (pôr fogo na vítima a título de brincadeira), conformaram-se com o risco do trágico fim ao invés de desistir da realização da conduta.

Como deve proceder o juiz na investigação do dolo eventual?

Apreciando as circunstâncias do fato concreto e não perquirindo a mente do autor. Como ficou consignado, nenhum réu vai confessar a previsão do resultado, a consciência da possibilidade ou probabilidade de sua causação e a consciência do consentimento. Na lição de **Paulo José da Costa Júnior**, os elementos do dolo eventual “não podem ser extraídos da mente do autor, mas deduzidos das circunstâncias do fato” (*Comentários ao Código Penal, Parte Geral*, São Paulo, Editora Saraiva, 1986, I:174, n. 1). Não era outro o ensinamento de **Nélson Hungria**: “Como reconhecer-se a *voluntas ad necem*? Desde que não é possível pesquisá-lo no foro íntimo do agente, tem-se de inferi-lo dos elementos e circunstâncias do fato externo. O fim do agente, se traduz, de regra, no seu ato”(Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro, Forense, 1955, V:49, n. 9). Elementos e circunstâncias que **Muñoz Conde** denomina “indicadores objetivos” de uma “decisão contra o bem jurídico” (*Derecho*



*Penal*, em co-autoria com Mercedes Garcia Arán, *op. cit.*, p. 290).

Incluem-se, entre os indicadores objetivos, quatro de capital importância:

1º - risco de perigo para o bem jurídico implícito na conduta (no caso, a vida);

2º - poder de evitação de eventual resultado pela abstenção da ação;

3º - meios de execução empregados; e

4º - desconsideração, falta de respeito ou indiferença para com o bem jurídico (Muñoz Conde e Mercedes Garcia Arán, *op. e loc. cit.*).

Como diz Maria Luiza Maqueda Abreu, o dolo eventual contém sempre o risco da produção de um resultado (*La relación 'dolo de peligro' - 'dolo (eventual) de lesión'*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madri, Centro de Publicaciones, 1995, tomo 48, fasc. I, p. 434). Consciente do risco resultante da conduta, apresenta-se ao autor a opção de comportamento diverso. Prefere, porém, sem respeito à objetividade jurídica a ser exposta a perigo de dano, realizar a ação pretendida. Como diz José de Faria Costa, a ordem jurídica não só quer que o sujeito não tenha uma atitude de repúdio e de negação “para com os valores que a norma penal cristaliza como também não quer que ele assuma uma posição de indiferença” (*op. cit.*, p. 31).

Na hipótese, concordes com a idéia de incendiar a vítima, procuraram um posto de gasolina. Conversaram com o frentista, afirmando que havia um veículo parado por falta de combustível. Apanharam dois recipientes de plástico sujos. Lavaram-nos e os encheram com dois litros de álcool combustível, altamente inflamável. Mas não agiram em seguida. Rodaram pela cidade com seu automóvel por quase duas horas, certamente esperando que o local onde se encontrava a vítima ficasse deserto, sem testemunhas, propício para o fato. Acercaram-se do lugar. Esconderam o veículo. Atravessaram a avenida. Aproximaram-se da vítima em silêncio. Repartiram os palitos de fósforo. Um deles derramou líquido no corpo da vítima. Riscaram fósforos e lhe atearam fogo. E fugiram com o automóvel em alta velocidade para esconder-se em suas residências. Esse comportamento, certamente, é altamente revelador da ausência de qualquer freio inibitório em relação ao fim visado (incendiar a vítima por brincadeira) e de consciente desprezo para com a vida e a incolumidade física do semelhante, indígena ou mendigo. Como disse a sentença, “um ser humano não é coisa, seja índio ou mendigo”.

Os acusados podiam agir de modo diferente, tanto que a sentença lhes reconheceu a “culpabilidade”. Tinham “poder de evitação”, i.e., condições de optar por conduta diversa. Rodaram com o veículo pela cidade, como ficou consignado, durante quase duas horas. Podiam ter desistido da ação. Não existia, na expressão de Günther Jakobs, “dificuldade de evitação” da conduta incriminada (*Derecho Penal, Parte Geral*, trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luiz Serrano Gonzales Murillo, Madri, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1995, p. 326).

E quanto ao meio empregado?

De acordo com citação da sentença, “queimadura” (por fogo) “não mata”. Ora, se assim fosse, não haveria razão para existir a figura típica do homicídio qualificada pelo “fogo” (Código Penal, art. 121, § 2º, III, 2ª fig.). Além disso, “as queimaduras extensas”, ainda que superficiais, “podem determinar o evento”, sendo incluídas entre as “lesões mortais”, segundo a doutrina (**Flamínio Fávero**, *Medicina Legal*, Belo Horizonte-Rio de Janeiro, Villa Rica Editora, 12ª ed., 1991, ps. 252 e 255; **Ernestino Lopes da Silva Júnior**, *Manual de Medicina Legal*, São Paulo, Escola de Polícia de São Paulo, 2ª ed., 1959, p. 26). Quanto à extensão, explica **Odon Ramos Maranhão**, “é de se notar que, no adulto, se 50% da área corpórea foram atingidos, mesmo com lesão de primeiro grau, há possibilidade de morte entre 6 e 16 horas” (*Curso Básico de Medicina Legal*, São Paulo, Malheiros Editores, 1997, ps. 309 e 310). No caso em tela, queimaram-se 95% do corpo da vítima, só restando ilesos o couro cabeludo e as plantas dos pés (laudo de fls.).

Como fundamento, a decisão afirmou que, tendo dois litros de álcool, os acusados somente jogaram um na vítima. Era o suficiente. Se o sujeito tem dois projéteis no revólver e, antes de disparar a arma, joga fora o outro, não se pode dizer que não a quis matar.

O álcool (assim como a gasolina) é altamente inflamável. A jurisprudência espanhola, apreciando a existência de dolo eventual em caso de emprego de combustível inflamável, já entendeu pela presença de crime doloso com dolo eventual, “respondendo o sujeito pelas conseqüências”, assentando que a experiência comum indica que o “fogo, uma vez iniciado, por intermédio de um meio de potência adequada, pode fugir ao controle e vontade do agente, que eventualmente aceita e responde pelos seus efeitos” (*Actualidad Penal*, Revista de Derecho Penal, Madri, La Ley Actualidad Ed., 1996, 2:745). O meio empregado pelos réus apresentava “potencialidade lesiva”, na expressão da sentença.

Mede-se a quantidade de álcool pala extensão do dano pessoal. Os acusados não lançaram na vítima um simples cálice de álcool, destes de vender pinga em bar, o que justificaria um crime de lesão corporal qualificada pelo resultado. Foi grande a quantidade de álcool que ensopou Galdino, tanto que lhe queimou quase todo o corpo, sobrando ilesos somente 5%.

**Luís Jiménez de Asúa** dizia, com muita propriedade, que, para se saber se um delito é doloso ou preterintencional, analisando a presença ou falta de dolo quanto à morte, “a justiça só tem um recurso: examinar o meio que o sujeito empregou” (*Princípios de Derecho Penal*, La ley y el delito, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, ps. 385/6). Os acusados, para “brincar” com a vítima, podiam ter escolhido meios menos potencialmente lesivos, embora ainda ilícitos: fogo em folha de jornal, lançamento de óleo, tinta, produto ou material fétido, água gelada ou suja, etc.

A afobação e o desespero com que se houveram em seguida ao fato não desnatura o dolo. Não podia ser diferente. A visão de uma tocha humana é um fato objetivo dantesco. Aliada ao aspecto anímico do autor do fato, causa mesmo alteração emotiva. E a emoção, ainda mais quando manifestada depois da conduta, não exclui o delito (Código Penal, art. 28, I).

Afirma a sentença que a ausência de indiferença, caracterizadora de dolo eventual, decorre do caráter dos acusados e de seus depoimentos prestados imediatamente após o fato (fls.). A presença do dolo eventual, entretanto, como ensina a doutrina, não pode ser extraída do caráter do agente. Caso contrário, estaria restaurado o “Direito Penal do autor”; “de caráter” ou o “pelo modo de vida” (Emílio Octavio de Toledo y Obieto e Susana Herta Tocildo, *op. cit.*, p. 132). Como diz Eduardo Correia, o sujeito não é censurado ou não censurado “por ter uma certa personalidade, mas sim por ter ou não tomado posição em face da representação do resultado possível” (*op. cit.*, p. 383).

Como ficou assinalado, entendemos que os acusados agiram com dolo eventual. A sentença desclassificatória não fala em crime culposos como entidade autônoma, com culpa consciente ou inconsciente. Considera a presença do preterdolo. Ocorre que neste, conforme ensina Rafael Díaz Roca, “há representação de um resultado menor como seguro e o que ocorre é que se produz outro de maior gravidade e, naquele (dolo eventual), o resultado” “é consequência indeclinável da ação do sujeito” (*op. cit.*, p. 116). No caso em tela, como ficou consignado, não houve por parte do réus somente “a representação de um resultado menor”, uma vez que, de acordo com a própria sentença, “tinham consciência das consequências” (no plural) da ação, entre elas não podendo faltar o resultado maior, a morte da vítima.

No crime preterintencional lecionam Carlos Ganzenmüller, José Francisco Escudero e Joaquín Frigola, há incongruência entre o “aspecto objetivo do resultado e o subjetivo do propósito” (*Homicídio y asesinato*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1996, ps. 71/2). A preterintencionalidade, afirma Juan Antonio Martos Nuñez, supõe uma desproporção entre a intenção e o resultado (*op. cit.*, p. 561). No caso do processo, entretanto, não há essa incongruência, encontrando-se a morte da vítima na mesma linha harmônica do propósito: queimá-la. A “brincadeira”, segundo alegaram os acusados, é simples motivo, incapaz de descaracterizar o dolo.

Nos termos da sentença, afastado o crime de homicídio culposos, restavam “somente o homicídio com dolo eventual e o crime de lesões corporais seguidas de morte, denominado ‘preterdoloso’, em que há dolo quanto à lesão corporal e culpa quanto ao homicídio” (fls.). A seguir, a decisão passou a distinguir dolo eventual de culpa consciente, dela constando: “na culpa consciente o agente não quer o resultado e nem assume o risco de produzi-lo. Apesar de sabê-lo possível, acredita sinceramente poder evitá-lo, o que só acontece por erro de cálculo ou por erro na execução”.

A sentença reconheceu haver crime de lesão corporal seguida de morte. Trata-se de crime complexo, composto de lesão corporal dolosa e homicídio culposos. Há dois crimes, reunidos num terceiro, que adquire autonomia típica. Verifica-se, pois, que a decisão considerou existir, quanto à morte, homicídio culposos, absorvido pela entidade complexa. E como fez a distinção entre dolo eventual e culpa consciente, afastando aquele, conclui-se: reputou a presença de lesão corporal seguida de morte com culpa consciente. Realmente, a sentença repudiou a culpa inconsciente, rechaçando o homicídio culposos. Restou, pois, a consciente como circunstância normati-

va do resultado agravador. Quer dizer, julgou ter sido praticado um crime preterintencional com culpa consciente quanto à circunstância qualificadora (morte). A hipótese é possível, tendo sido mencionada por **Nelson Hungria** ao apreciar o art. 129, § 3º, do Código Penal (lesão corporal seguida de morte), no que tange à previsibilidade ou imprevisão do evento qualificador, obviamente referindo-se à culpa consciente: “é de notar-se que a *imprevisão*, excludente do dolo, é equiparada à *previsão do resultado como improvável ou impossível*, ou com a *esperança* de que o resultado não sobrevenha” (*op. cit.*, V:356, 2º parágrafo).

Pois bem. A culpa, ainda que integrante do tipo qualificado e preterintencional, guarda os elementos do crime culposo, entre eles, na forma consciente, a “inobservância do cuidado objetivo necessário”, a “previsão do resultado” e a “confiança que não ocorra” (ou a presença de circunstância potencialmente impeditiva de sua superveniência).

Resta difícil afirmar-se, na hipótese, que os acusados simplesmente deixaram de “observar o cuidado objetivo necessário” nas relações do trato social. Ora, colocaram fogo na vítima! Os casos de culpa consciente são aqueles em que o comportamento inicial é normalmente lícito, como no exemplo clássico da caçada. Aqui sim, pode-se falar em infringência do dever de diligência. Veja-se, a propósito, **Candido Conde-Pumpido Ferreira**, ligando os casos de culpa consciente à inobservância da *obligatio ad diligentiam* (*op. cit.*, p. 151).

Se a sentença entendeu haver, quanto ao resultado morte, culpa consciente, implicitamente reconheceu que os acusados agiram com “previsão do resultado”, um de seus elementos. Significa: previram o resultado morte. E isso está de acordo com sua fundamentação, tendo em vista ter afirmado que tinham consciência das consequências possíveis e prováveis da conduta. Ora, se puseram fogo na vítima, em tal quantidade de álcool combustível que se queimaram 95% de seu corpo, a previsão do resultado se inclina na direção do dolo eventual, não da culpa.

A consideração de que houve lesão corporal qualificada pela morte com culpa consciente é de difícil compreensão. Com efeito. Essa aceitação leva a que os acusados:

- 1º - agiram com dolo de dano quanto às lesões corporais (queimaduras);
- 2º - previram o resultado morte.

Ora, se agiram com dolo de lesão corporal, tinham a previsão do resultado e lançaram na vítima tal quantidade de álcool que causou a queima de 95% de seu corpo, é muito difícil afirmar-se que não agiram pelo menos com dolo eventual.

Repita-se: na culpa consciente devem estar presentes, dentre outros requisitos comuns:

1º - vontade dirigida a um comportamento que nada tem com a produção do resultado ocorrido. Ex.: atirar no animal que se encontra na mesma linha da vítima (na hipótese da caçada);

2º - crença *sincera* de que o evento não ocorra em face de sua habilidade ou interferência de circunstância impeditiva, ou excesso de confiança. O sujeito, segundo **Carlos Creus**, propõe-se a interpor uma habilidade que o evite (excelência

na direção de veículo; perícia no tiro, *etc.*) ou acredita na existência de uma circunstância impeditiva (que não haverá transeuntes na rua altas horas da madrugada, crendo que ninguém atravessará seu caminho) (*op. cit.*, ps. 254/5).

A culpa consciente contém um dado importante: a confiança de que o resultado não venha a produzir-se, que se assenta, como dissemos, na crença em sua habilidade na realização da conduta ou na presença de uma circunstância impeditiva. No exemplo da caçada, o sujeito confia em sua habilidade (é um campeão de tiro). A necessidade de "sinceridade" da crença é normalmente referida na doutrina (**Assis Toledo**, *op. cit.*, p. 290, n. 247) e foi citada na sentença;

No caso em debate, não há nenhuma circunstância em que os acusados pudessem apegar-se para acreditar que, jogando um litro de álcool na vítima, e ateando fogo, não houvesse conseqüências desastrosas.

3º - erro de execução. Exs.: o agente atira no animal e, por defeito da arma, o projétil mata uma pessoa; defeito de pontaria, em que confiava.

Como ensina **Francisco de Assis Toledo**, o agente, na culpa consciente, "não quer o resultado, mas, por erro ou excesso de confiança (imprudência), por não empregar a diligência necessária (negligência) ou por não estar suficientemente preparado para um empreendimento cheio de riscos (imperícia), fracassa e vem a ocasioná-lo" (*op. e loc. cit.*).

No caso, como dizer-se que se encontravam presentes esses requisitos se o comportamento dirigiu-se à queima da vítima? Como acreditar *sinceramente* que o evento não ocorreria jogando um litro de álcool em Galdino e lhe ateando fogo, queimando 95% de seu corpo? Como dizer que houve erro de execução ou simplesmente excesso de confiança? Confiança em quê?

Por fim, o delito preterdoloso é excluído "quando o meio empregado é objetivamente idôneo ou adequado para causar o resultado efetivamente produzido", ocorrendo "somente quando presente absoluta inidoneidade do meio empregado para a agressão e o resultado obtido" (**Rodrigues Devesa**, *op. cit.*, p. 380; **Juan Antonio Martos Nuñez**, *op. cit.*, p. 560). **Nélson Hungria** já observava que, para se saber, na lesão corporal seguida de morte, se esta é dolosa ou culposa, "deve ter-se em conta o meio empregado. Já os práticos ensinavam que o agente devia ser condenado somente pelo ferimento, de que haja resultado a morte, quando fez uso de um meio tal '*ex quo verisimiliter non debuit sequi mors*', como, "via de regra, o soco, o pontapé, a mordedura, a cabeçada, *etc.*" (*op. cit.*, p. 354). Não se inclui entre os meios de execução que "via de regra" não causam a morte a queima de 95% do corpo da vítima. No caso dos autos, o meio empregado era francamente idôneo à produção do evento morte.

Por essa razão técnica, referente ao meio executório, prosseguia **Nélson Hungria**, o juiz deve "orientar-se sempre no sentido de apurar, em face das circunstâncias apreciadas em conjunto, se se trata daqueles casos em que, não obstante o emprego de violência, o evento 'morte' *accidit insolenter ac raro*, ou como dizia **São Tomás de Aquino**, '*per accidens et ut in paucioribus*'. Eis a lição de **Impallomeni**"

– conclua: “Insistíamos, pois, no dizer, para evitar sutilezas curiais e moralísticas, que, ao distinguir-se um delito preterintencional de um delito intencional, a via mestra é a de considerar a relação em que a conduta do agente está para com o resultado ocorrido: se este é a consequência, não só natural, como ordinária da ação inicial dolosa, é força concluir que foi querido; se não é consequência ordinária, isto é, de tal modo que, segundo a experiência comum, não se deva inferir que tenha sido prevista pelo agente, só então é lícito concluir que o delito é preterintencional” (*op. cit.*, ps. 355/6).

## 11. Respostas aos quesitos

### 1. Quanto à contribuição para o crime:

1.1. *Ante as provas apresentadas, pode-se afirmar que algum dos acusados não contribuiu para o evento criminoso? Qual(is) o(s) acusado(s)?*

#### Resposta:

Não. Todos contribuíram para o crime.

Dá-se a co-autoria quando várias pessoas realizam as características do tipo. Ex.: A e B embebedam a vítima C de álcool e a incendiam, causando-lhe a morte. Ambos praticam o núcleo do tipo do crime de homicídio doloso (Código Penal, art. 121), que é o verbo “matar”. As condutas cometidas em co-autoria caracterizam-se pela circunstância de que os cooperadores, conscientemente, conjugam seus esforços no sentido da produção do mesmo efeito, de modo que o evento (salvo nos crimes formais e de mera conduta) se apresenta como o produto das várias atividades. Co-autoria é divisão de trabalho com nexos subjetivo que unifica o comportamento de todos. Não existe um fato principal a que acedem condutas acessórias; cada um contribui com sua atividade na integração da figura típica, realizando a conduta descrita na norma penal incriminadora. E não é necessário que todos realizem exatamente a conduta descrita no núcleo do tipo. Ex.: no homicídio mediante fogo uns podem embebedar a vítima de combustível inflamável e outros riscarem fósforos.

Ocorre a participação quando o sujeito, não realizando atos executórios do crime, concorre de qualquer modo para a sua realização (Código Penal, art. 29). Ele não realiza a conduta descrita pelo preceito primário da norma, mas atividade que concorre para a formação do delito.

“Concorrer” significa convergir para o mesmo ponto, cooperar, contribuir, ajudar e ter a mesma pretensão de outrem. O verbo expressa claramente a figura do concurso – ato de se dirigirem muitas pessoas ao mesmo lugar ou fim, segundo os léxicos. A expressão é consequência lógica da adoção da teoria da equivalência dos antecedentes contida no art. 13, *caput*, do Código Penal: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Concorre para o crime aquele que realiza uma ação ou omissão sem a qual o evento não teria ocorrido. É do princípio da causalidade que decorre o conceito do concurso de pessoas: todos os que empregam, de qualquer forma, suas atividades para um crime,

cooperam com uma causa para a sua produção e, assim, da indivisibilidade de fato criminoso decorre a responsabilidade de todos os sujeitos. Se o resultado de que depende a existência do crime é imputável a quem lhe deu causa e se o crime, como qualquer outro fenômeno, é produto da reunião de causas que o determinam, responsável por ele é todo aquele que concorreu com uma ação ou omissão sem a qual o evento não teria ocorrido.

No caso dos autos, todos os acusados devem ser considerados participantes responsáveis pelo crime. A idéia de queimar a vítima foi aceita por todos (acordo prévio); todos compraram o combustível; todos lavaram os vasilhames; todos, menos um, acercaram-se da vítima; um derramou álcool em Galdino e outro acendeu o fogo. Pouco importa saber quem exatamente jogou álcool e riscou o fósforo: a empreitada era de todos. O empreendimento, realizado em comum com repartição de tarefas torna-os responsáveis pelo fato global.

*1.2. Ante as provas apresentadas, há elementos que permitem afirmar que algum dos acusados concorreu para o crime mediante participação de menor importância ou quis participar de crime menos grave? Qual(is) o(s) acusado(s) e qual(is) o(s) crime(s)?*

**Resposta:**

Nosso Código Penal, embora mantendo a teoria unitária, adotou a teoria restritiva de autor, distinguindo nitidamente autor de partícipe. Além disso, mitigando o rigorismo da doutrina monística, reza, na parte final do *caput* do art. 29, que todos os participantes incidem nas penas cominadas ao crime, “na medida de sua culpabilidade”. E, nos termos do § 1º do mesmo dispositivo, “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”.

O termo “participação” deve ser entendido em sentido amplo, abrangendo as formas moral e material. A disposição só tem aplicação quando a conduta do partícipe demonstra leve eficiência causal. Refere-se à contribuição prestada por ele e não à sua capacidade de delinquir. Nesse sentido: TJSP, RvCrim 71.305, RJTJSP, 117:474; STF, HC 68.336, Rel. Ministro Celso de Mello, RT, 685:383 e 385.

No caso em debate, todos contribuíram de maneira uniforme para o resultado comum, mesmo o acusado que, no momento do fato, não estava no ponto de ônibus, permanecendo à espera dos companheiros. Sua conduta anterior, nas fases do acordo prévio, procura do posto de gasolina, compra do combustível, lavagem do vasilhame e acompanhamento até as proximidades do local do fato, apresentava eficiência causal. Não é de menor importância, p.ex., concordar com a queima de um homem.

Nenhum deles quis participar de crime menos grave, uma vez que, nos termos do parecer, e isso se encontra na própria sentença, todos tinham consciência das conseqüências possíveis e prováveis do fato, incluindo-se a morte.

**2. Quanto ao elemento anímico:**

*2.1. Ante as provas apresentadas, os acusados agiram com dolo de homicídio (animus necandi)?*

**Resposta:**

Sim, conforme a fundamentação do parecer.

*2.2. Ante as provas apresentadas, se afirmativa a resposta ao quesito anterior, o dolo se configura em sua modalidade direta ou eventual (os acusados quiseram ou assumiram o risco de matar a vítima)?*

**Resposta:**

Agiram com dolo eventual (assumiram o risco de produzir a morte da vítima).

*2.3. Ante as provas apresentadas, se afirmativa a resposta ao primeiro quesito, e estabelecida a modalidade do dolo na resposta ao segundo quesito, sabido que no Direito Penal brasileiro não há diferenciação de natureza da responsabilidade de quem quer diretamente (dolo direto) ou assume o risco de produzir (dolo eventual) um resultado, há justificativa legal para resposta penal (condenatória, desclassificatória ou absolutória) diversa em uma ou outra hipótese?*

**Resposta:**

Não há justificativa legal fora do homicídio doloso consumado, conforme amplamente exposto no parecer.

*2.4. Ante as provas apresentadas, os acusados poderiam ter agido com culpa (consciente ou inconsciente)?*

**Resposta:**

Não, nos termos das razões apresentadas no parecer.

*2.5. Na eventualidade de se haver afirmado que os acusados agiram com dolo eventual, quais os elementos que permitem afastar a culpa (consciente ou inconsciente) e afirmar a existência do dolo eventual?*

**Resposta:**

Quesito já respondido na fundamentação do parecer. A própria decisão afastou a possibilidade de ter havido simplesmente crime de homicídio culposo. Presente, inegavelmente, na conduta dos acusados, dolo de lesão, reconhecido na sentença, tanto que considerou a presença de lesão corporal seguida de morte, em que o *primum delictum* é doloso, fica afastada a figura do crime culposo, pois neste a conduta inicial não pode ser dolosa (com dolo de dano, de lesão). Quanto à culpa consciente e à preterintenção, de ver-se os fundamentos do parecer.

**3. Quanto às questões processuais:**

*3.1. Ante as provas apresentadas, pode-se afirmar a presença dos elementos necessários à pronúncia dos réus para julgamento pelo Tribunal do Júri?*

**Resposta:**

Sim. Os autos contêm elementos necessários para a pronúncia dos réus por homicídio doloso.

**12. Conclusão**

Segundo nosso entendimento, os acusados cometeram crime de homicídio doloso qualificado com dolo eventual.



*Para os índios, os homens se acabam num incêndio e renascem num único casal que restou (A questão do índio cit., p. 18). Que a morte do Pataxó – Hã-Hã-Hãe Galdino Jesus dos Santos, num incêndio, faça brotar a chama renascida do respeito e da solidariedade humana.*

É o parecer.

São Paulo, 13 de outubro de 1997.

**Damáσιο E. de Jesus**  
**OAB 95.195**